



HAL
open science

Regards sur les petites sources du droit du travail en temps de crise sanitaire

Josépha Dirringer

► **To cite this version:**

Josépha Dirringer. Regards sur les petites sources du droit du travail en temps de crise sanitaire. Amplitude du droit, 2022, 1, pp.83-93. 10.56078/amplitude-droit.250 . halshs-04077457

HAL Id: halshs-04077457

<https://shs.hal.science/halshs-04077457v1>

Submitted on 21 Apr 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Regards sur les petites sources du droit du travail en temps de crise sanitaire

Josépha DIRRINGER

Maîtresse de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262

Résumé : La crise sanitaire due à la Covid-19 a vu émerger une avalanche de textes d'exception qui visent à répondre à ses conséquences sociales et économiques. Cependant, l'ébranlement ne tient pas seulement aux modifications des règles relevant des sources classiques du droit du travail. La crise sanitaire a été porteuse d'un autre bouleversement des sources du droit du travail dont on peut se demander s'il n'affectera pas durablement l'ordonnement juridique des relations de travail, en particulier dans le champ de la santé-travail. Dans l'office des ministères du Travail et de la Santé s'est développée une nouvelle manière de réguler la sphère du travail : le recours aux petites sources du droit. Le présent article entend porter sur ces nouvelles sources du droit du travail un regard qui se veut tout autant analytique que critique.

Mots-clés : droit du travail, sources du droit, protocole sanitaire, Plan d'action Covid-19, Covid-19, recommandations, valeur juridique, force normative

La crise sanitaire due à la Covid-19 a vu émerger une avalanche de textes d'exception qui visent à répondre à ses conséquences sociales et économiques. Temps de travail, santé au travail, négociation collective et dialogue social dans l'entreprise, arrêt de travail, congé, activité partielle, restructurations... Il n'y a pas un domaine du droit du travail qui a échappé à l'édiction de règles nouvelles justifiées par le contexte que nous connaissons. Sur la période allant du 15 mars au 6 août 2020, on dénombre 5 lois, 17 ordonnances, 16 décrets et 9 arrêtés¹. Une telle effervescence est la source de difficultés d'interprétation et d'application multiples qui ont d'ailleurs suscité un malaise chez certains praticiens (Rousvoal *et al.*, 2022, dans ce numéro) et chez les acteurs économiques. Tous ont été sommés de s'adapter à ces bouleversements rapides de la réglementation. Les acteurs sociaux ont en outre dû adapter les normes conventionnelles applicables dans l'entreprise, soit en suspendant un temps l'application, soit en les révisant ou prévoyant des accords de courte durée pour mettre en œuvre les dérogations ouvertes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Ces textes ont été largement analysés au point d'ailleurs de permettre la publication d'un ouvrage compilant les différents articles parus dans cette courte période (Collectif, 2020, p. 208 et spéc. p. 210). D'aucuns ont pu voir dans cette réglementation d'exception un ébranlement des sources du droit du travail.

Cependant, l'ébranlement ne tient pas seulement aux modifications des règles relevant des sources classiques du droit du travail. La crise sanitaire a été porteuse d'un autre bouleversement

1. Voir [<https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/article/textes-reglementaires>], consulté le 10 janvier 2022.

des sources du droit du travail dont on peut se demander s'il n'affectera pas durablement l'ordonnement juridique des relations de travail, en particulier dans le champ de la santé-travail. Dans l'office des ministères du Travail et de la Santé s'est développée une nouvelle manière de réguler la sphère du travail : le recours aux petites sources du droit (Gerry-Vernières, 2012).

Le concept de petites sources du droit apparaît notamment sous la plume de S. Gerry-Vernières, pour qui les « petites » sources du droit auraient quatre traits caractéristiques. Du côté positif, elle souligne la réactivité et la technicité des normes qu'elle qualifie de petites sources du droit. Mais, du côté négatif, elle observe aussi qu'elles sont opaques et précaires. Ce phénomène normatif n'est donc pas nouveau, comme l'est plus généralement ce à quoi il est possible de les rattacher. Pour les uns, elles ont à avoir avec le droit souple (Restino, 2021) ; pour d'autres avec l'infra-droit (Lochak, 1976). Il est des branches du droit dans lesquelles les pouvoirs publics ont depuis longtemps recours aux petites sources du droit. C'est le cas en particulier du droit des étrangers (Lochak, 1976) ou du droit de l'aide sociale (Magord, 2015).

Le droit du travail n'était jusqu'à présent que peu concerné. D'un côté, la loi y occupe une place nécessaire au regard de l'article 34 de la Constitution. De l'autre, les normes d'origine professionnelle, que ce soient les normes patronales (engagements unilatéraux de l'employeur, usages, etc.) ou les normes conventionnelles, sont davantage mobilisées pour adapter les normes à la réalité sociale. Depuis quelques années, le site Internet du ministère du Travail a vu surgir des outils d'interprétation des textes adoptés. La plupart des lois et règlements intéressant le droit du travail sont désormais assortis d'un document intitulé « questions/réponses », dans lequel le ministère du Travail tente d'éclairer le sens des règles nouvellement adoptées. De même, la fabrique numérique des ministères sociaux a réalisé un « Code du travail numérique » qui présente sous forme de fiches les règles issues du Code du travail².

Cependant, la crise sanitaire semble avoir été l'occasion de franchir un pas supplémentaire dans cette fabrique du droit du travail au sein du ministère du Travail. À n'en pas douter, cela participe à ce que Catherine Thibierge a appelé la « densification normative » (2013).

À la suite du premier confinement, le ministère du Travail s'est attelé à la rédaction d'un protocole sanitaire, maintes fois mis à jour depuis. Citons les fiches conseils métiers, les guides pratiques à destination des employeurs ou encore les foires aux questions (FAQ) censées éclairer employeurs et salariés sur les conditions d'exécution de la relation de travail en temps de crise sanitaire.

Pourquoi les considérer comme des *petites* sources du droit du travail ? Il est deux raisons à cela. Leur petitesse tient d'abord à leur place dans la hiérarchie des normes. Ces normes se situent à un niveau si faible qu'elles sont tout simplement absentes de la hiérarchie des normes dressée par la Constitution. Elles sont petites ensuite au regard de la faible considération que leur portent les juristes, et ce précisément en raison du fait qu'elles ne figurent pas parmi les sources formelles du droit du travail. Leur juridicité est si incertaine qu'elles sont peu étudiées.

2. Voir [<https://code.travail.gouv.fr>], consulté le 10 janvier 2022.

L'objet du présent article est d'analyser cette nouvelle production normative. Considérant son caractère très changeant, il est important de souligner au lecteur qu'à la date de publication du présent article, les normes ainsi élaborées ont déjà été modifiées plusieurs fois à la suite du déconfinement, de la campagne vaccinale et de l'apparition du passe sanitaire. Ces dernières ne seront pas évoquées. Cependant, le propos demeure pertinent, car il s'agit d'une étude sur les sources du droit du travail et non d'une étude des règles qu'elles contiennent qui ont été entre-temps, déjà, modifiées voire supprimées.

Il y a lieu ici de se placer dans une perspective à plus long terme pour saisir le processus d'élaboration et d'application de ces normes. Cependant, connaître intrinsèquement la valeur juridique et la portée normative de ces textes ne suffit pas. Il s'agit de les analyser dans leur rapport aux autres normes et au regard de leur utilité au sein de l'ordre juridique étatique. Quelles qualités ces normes auraient et dont les autres normes seraient dépourvues justifiant que les pouvoirs publics s'en saisissent maintenant, au cours de la crise sanitaire, pour régir les relations de travail dans l'entreprise ? Si la première approche conduit à porter sur les petites sources du droit du travail un regard analytique (1), la seconde conduit davantage à porter un regard critique, en ce qu'elle conduit à confronter cette production normative aux principes de l'État de droit et aux exigences démocratiques qui pèsent sur la production des normes sociales (2).

1. Regard analytique sur les petites sources du droit du travail

Pour disposer d'un aperçu plus précis de ce nouvel arsenal normatif, il convient d'en préciser l'objet, la nature et le fondement. Nous envisagerons donc la fabrique (1.1) et la génétique (1.2) de ces nouveaux instruments qui constituent deux manières de les décrire et les analyser. Il est en effet nécessaire de décrire les étapes de cette production normative pour mieux en apprécier ensuite la juridicité.

1.1. La fabrique des petites sources du droit du travail

Le premier instrument normatif réalisé dans le cadre de la crise sanitaire est le protocole sanitaire. Il est apparu lors du déconfinement. La ministre du Travail d'alors adoptait le 3 mai 2020 un *protocole national de déconfinement en entreprise*. En outre, « pour accompagner les employeurs et les salariés dans la mise en œuvre des mesures de protection contre la Covid-19 sur les lieux de travail », la ministre du Travail a, d'une part, établi plusieurs fiches conseils métiers détaillant les précautions à prendre dans différents environnements de travail accessibles sur le site ministériel (travail-emploi.gouv.fr) et a, d'autre part, publié sur le même site des guides de bonnes pratiques établis par les organisations professionnelles et syndicales dans certaines branches d'activité³.

3. Mis à jour le 24 juin 2020, le protocole fut finalement complété de 90 guides métiers.

Par la suite, le 17 septembre 2020, le Ministère édictait le protocole sanitaire en entreprise (PNE). Très régulièrement mis à jour⁴, le PNE est structuré autour de six parties : les modalités de mise en œuvre des mesures de prévention dans l'entreprise dans le cadre d'un dialogue social, les mesures de protection des salariés, les dispositifs de protection des salariés, les tests de dépistage, le protocole de prise en charge d'une personne symptomatique et de ses contacts rapprochés et la prise de température. S'ajoutent trois annexes sur la gestion des flux, sur le nettoyage et la désinfection et sur les masques.

Mobilisable directement par les acteurs, le PNE est cependant complété par des guides pratiques à destination des employeurs et des salariés ainsi que par des fiches conseils métiers réalisés par le ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion, avec le concours de l'ANSES⁵, du réseau Assurance maladie risques professionnels, de l'INRS⁶, de l'ANACT⁷ et des médecins du travail, coordonné par Présance, l'organisme de représentation des Services de santé au travail interentreprises de France. Les guides sont rédigés d'une manière simple pour ne pas dire simpliste. Les textes sont agrémentés de petites illustrations et chaque paragraphe est surmonté d'un encadré rouge, orange ou vert indiquant respectivement « ce que je ne peux pas faire », « ce que je peux faire en plus », « ce que je dois faire ». Les fiches conseils métiers sont construites dans le même esprit. Il s'agit, selon les auteurs de « faire gagner du temps à l'employeur, grâce à une information directe et simplifiée ». À cela s'ajoute la mise à disposition d'une application nommée « Plan d'action Covid-19 » qui permet, à partir d'un questionnaire composé d'une quarantaine de questions, de générer un plan d'action sur mesure que l'employeur n'aurait plus qu'à appliquer et à mettre en œuvre.

Il est difficile de connaître le cadre formel d'élaboration de ces instruments normatifs. Quels sont les acteurs associés à leur formalisation ? Dans quel cadre institutionnel les guides de bonnes pratiques établis par les organisations professionnelles et syndicales dans certaines branches d'activité ont-ils été élaborés ? Ou encore, de quelle manière a-t-il été décidé que le Ministère s'en ferait le relais informatif ? Quant au protocole sanitaire, le site du Ministère indique uniquement dans un article publié le 16 octobre 2020 que le Ministère a réuni « les partenaires sociaux pour effectuer le suivi de la mise en œuvre du protocole sanitaire en entreprise ». Là encore, ce groupe de travail semble informel de sorte que l'on ne sait ni selon quelle modalité, ni selon quelle périodicité, ni selon quel degré les interlocuteurs sociaux ont été impliqués dans ce travail.

Une fois élaboré, l'ensemble de ces normes est accessible sur le site du ministère du Travail (travail-emploi.gouv.fr), sur le site de la Sécurité sociale (ameli.fr) ainsi que sur le site du Code du travail numérique mis en ligne par le ministère du Travail (code.travail.gouv.fr). C'est donc par ces différents médias que les employeurs et les salariés ont accès au contenu de ces normes dans

4. Le PNE a été mis à jour les 29 octobre et 23 novembre 2020 et les 6 janvier, 29 janvier et 19 février 2021.

5. Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail.

6. Institut national de recherche et de sécurité pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles.

7. Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail.

leur dernière mise à jour. En revanche, et à la différence par exemple du protocole sanitaire applicable dans les établissements scolaires⁸, elles ne font pas l'objet d'une publication officielle.

Il en résulte une nébuleuse de textes. L'analogie entend ici décrire à la fois cet environnement très mouvant, où chaque jour il est possible de découvrir une nouvelle règle, et l'impression d'être en présence d'un amas vaporeux et légèrement opaque. C'est pourquoi on est tenté de plonger le regard plus profondément pour tenter de comprendre la génétique de ces instruments normatifs.

1.2. La génétique des petites sources du droit du travail

Évoquer la génétique⁹ des sources du droit, c'est prétendre saisir les racines de la juridicité d'une norme et en identifier les critères. Il s'agit donc ici de se pencher sur la nature et le fondement des petites sources qui ont émergé au cours de la crise sanitaire dans le champ du droit du travail.

La question de la nature juridique et du fondement du protocole sanitaire élaboré par le ministère du Travail a fait l'objet de plusieurs contentieux à l'initiative notamment d'une organisation patronale. Ainsi cinq décisions ont été rendues par le Conseil d'État (CE)¹⁰. Ce dernier a été saisi de demandes de suspension des protocoles ou des guides, dans leurs versions différentes qui ont été édictées par le ministère du Travail.

La Haute Juridiction administrative estime à propos des guides élaborés par les organisations professionnelles et publiés sur le site du Ministère qu'ils ne revêtent pas « le caractère de décisions faisant grief et ne sont susceptibles de faire l'objet ni d'un recours pour excès de pouvoir ni, par conséquent, d'une requête tendant à la suspension de leur exécution ». À propos du protocole, elle juge qu'il s'agit d'un « ensemble de recommandations¹¹ ». Elle refuse de ce fait d'y voir des « documents de portée générale [...] susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre¹² ». En tant que simple recommandation, le protocole n'aurait qu'objet « d'accompagner les employeurs dans leurs obligations d'assurer la sécurité et la santé de leurs salariés au vu des connaissances scientifiques sur les modes de transmission du SARS-CoV-2 ». Par ailleurs, il ne s'agirait que d'une « déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur » résultant de l'article L. 4121-1 du Code du travail, lequel constituerait donc, pour le Conseil d'État, le fondement de l'ensemble de ces instruments normatifs.

Le juge administratif retient deux approches de la juridicité et de la manière de tracer le départ entre le droit et le non-droit (Roubier, 1951 ; Carbonnier, 1992).

8. Qui sont publiés sur *Le Bulletin officiel de l'Éducation nationale*.

9. Il ne s'agit pas de faire référence à la théorie génétique du droit (O. Van der Noot, 2014).

10. CE référé 9 mai 2020, n° 440452 ; CE référé 19 octobre 2020 ; n° 444809, CE référé, 17 décembre 2020, n° 446797.

11. CE référé 17 décembre 2020, n° 446797.

12. CE référé 9 mai 2020, n° 440452, à propos des guides élaborés par les organisations professionnelles ; CE référé 19 octobre 2020, n° 444809, à propos du PNE.

D'une part, il répond au questionnement entourant la portée normative de ces textes : sont-ils créateurs de droits ou d'obligations ? À cette question, il répond par la négative puisqu'il estime que ce ne sont que des recommandations. C'est pour cette raison qu'il refuse de les soumettre à un contrôle de légalité et d'en apprécier finement le contenu. Il s'agit de regrouper parmi les diverses normes celles dotées d'une juridicité en fonction de leur caractère ou non obligatoire vis-à-vis de leurs destinataires. Dans le sillage de sa jurisprudence rendue à propos des circulaires et notes de service¹³, le Conseil d'État est désormais amené à identifier quelles sont les normes relevant du droit souple qui sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Ainsi avait-il déjà mobilisé une formule semblable en matière économique à propos des communiqués publiés par l'Autorité des marchés financiers¹⁴, ou encore plus récemment dans un nouvel arrêt *GISTI* rendu à propos d'une note d'actualité émanant de la Division de l'expertise en fraude documentaire et à l'identité de la Direction centrale de la police aux frontières¹⁵. Dans la décision *Fairvesta*, le juge administratif estimait en effet qu'un recours pour excès de pouvoir était recevable s'agissant des avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions lorsqu'ils revêtaient le caractère de dispositions générales et impératives. Il ajoutait qu'un tel recours était aussi recevable s'agissant de prescriptions individuelles, mais à la condition non seulement que le requérant justifie d'un intérêt direct et certain à leur annulation, mais encore que ces prescriptions soient de nature à produire « des effets notables, notamment de nature économique » ou aient « pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles [elles] s'adressent ». Dans l'arrêt *GISTI* de juin 2020, la distinction entre ces deux hypothèses est moins nette que dans l'arrêt *Fairvesta*. Ainsi lit-on que :

« Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices. »

Quoi qu'il en soit, pour le Conseil d'État, tel ne serait pas le cas des protocoles sanitaires. Ceux-ci ne seraient pas créateurs de droits et d'obligation, ni en raison de leur caractère impératif, ni en raison des effets notables ou de l'influence significative qu'ils auraient sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

D'autre part, en les plaçant dans le sillage de l'article L. 4121-1 du Code du travail, il leur confère un fondement qui permet de les admettre comme une norme valide au sein de l'ordre juridique. En tant que *déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur*, ils s'inscrivent dans l'ordre juridique de manière que l'on puisse admettre leur existence et leur validité au sein

13. CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères, Lebon*, p. 463, concl. P. Fombeur.

14. CE, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*.

15. CE, Sect., 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142.

de cet ordre alors même qu'aucun texte n'habilitait le ministère du Travail à édicter de tels textes. Une norme n'existe juridiquement qu'à la condition d'avoir été édictée conformément ou selon les conditions formelles fixées par une norme d'habilitation (Tusseau, 2006). La conséquence normative est alors l'existence ou la validité de la norme prise en son application¹⁶. En prenant appui sur l'article L. 4121-1 du Code du travail, le Conseil d'État parvient à faire échapper les protocoles sanitaires et les guides pratiques au grief d'incompétence et d'irrégularité qui était soulevé contre eux¹⁷. Ici la seule perspective qui importe est celle de la hiérarchie des normes et de l'État de droit et conduit à se demander à quel titre une autorité normative est-elle admise à produire des normes, quel que soit par ailleurs leur degré de normativité.

En réalité, ces décisions du Conseil d'État évoquent, et d'une certaine manière appliquent, la conception du droit souple exprimée dans son rapport publié en 2013 sur le sujet¹⁸ et que l'on retrouve désormais dans toute sa jurisprudence. Le droit souple, dont les petites sources du droit telles que les recommandations, les protocoles et les guides font partie, appartiendrait à une « chaîne de normativité graduée ». Les critères de définition du droit souple dégagés par le Conseil d'État renvoient à deux dimensions de la théorie des sources du droit. Certains renvoient à la logique déontique – la conduite des comportements et la force contraignante. D'autres, selon une approche formelle, s'attachent à permettre l'inscription d'une norme dans l'ordre juridique au travers du souci porté à la « structuration de l'instrument [qui] donne au droit souple une forme juridique¹⁹ ». La confusion tient sans doute au caractère équivoque qui entoure les théories des sources du droit, lesquelles « désignent aussi bien les divers modes de création des règles que les classes de règles désignées par la manière dont elles ont été créées » (Troper, 2003, p. 86). De plus, ce vocable désigne tout à la fois les sources *du* droit et les sources *de* droit. Or cela mériterait d'être mieux distingué pour ne pas inférer des conséquences sur un terrain à partir de constatations relevant de l'autre terrain.

C'est pourtant ce qui semble être ici le cas, nous amenant à changer de regard. Plus seulement analytique, le regard sur les petites sources du droit du travail se fait aussi critique.

16. Certains auteurs n'effectuent aucune distinction entre l'existence et la validité d'une norme. En particulier, pour ceux-là, le principe *lex superior derogat inferiori* est inscrit dans la norme d'habilitation de sorte que la norme prise en contrariété d'une norme supérieure n'existe pas dans l'ordre juridique. Au contraire, pour d'autres auteurs, ce principe est indépendant de la norme d'habilitation qui fonde le pouvoir normatif d'un acteur. Ainsi, l'habilitation pourrait en quelque sorte autoriser un acteur à produire des normes contraires aux normes supérieures. Les auteurs partisans de cette lecture établiront alors une distinction entre validité et existence (Ost, Van de Kerchove, 1987, p. 260) ou, pour prendre une autre terminologie, une distinction entre validité et conformité (Pfersmann, 2003, p. 783 ; Pfersmann, 1997, p. 307 ; Bocquillon, 2003, p. 25).

17. Les auteurs du recours arguaient qu'en vertu de l'article premier de la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020, le Premier ministre devait prendre les mesures impératives visant à réglementer les conditions d'accès et de présence dans des établissements recevant du public et des lieux de réunion par décret pris sur le rapport de la ministre chargée de la Santé.

18. Conseil d'État, 2013, *Le droit souple*, étude annuelle.

19. *Ibid.*, not. p. 9.

2. Regard critique sur les petites sources du droit du travail

Que l'on s'attache à l'absence prétendue de caractère contraignant des petites sources du droit du travail ou à la manière dont elles s'insèrent dans la hiérarchie des normes, l'analyse débouche sur une double critique adressée à la production de ces règles gouvernementales depuis le début de la crise sanitaire dans le champ du droit du travail. Sans doute le propos dépasse-t-il largement les limites de la discipline. À certains égards, il pourrait être bien étendu à d'autres sphères de la société. En droit du travail comme aussi ailleurs, il est devenu banal d'observer que les destinataires des normes sont devenus aveugles à l'objet des normes et aux conséquences qui en résultent pour eux (2.1). Cet aveuglement est d'autant plus inquiétant que l'administration auteure de ces normes ne semble soumise à aucun contrôle (2.2).

2.1. Le destinataire des règles devenu aveugle

Qualifiés de « recommandations » par le Conseil d'État, le PNE et les instruments normatifs qui le complètent ne revêtiraient pas de caractère obligatoire pour les employeurs auxquels ils sont au premier chef destinés dans la mesure où ils sont par ailleurs la « concrétisation matérielle » de son obligation de sécurité de résultat. En d'autres termes, ils ne prescriraient rien et l'écart de conduite par rapport à ce qu'ils prescrivent n'aurait aucune conséquence. Peut-on l'affirmer si promptement ?

Le caractère obligatoire et contraignant d'une norme s'apprécie au regard du comportement attendu de la part des destinataires et des conséquences juridiques qui en résultent. Or, le protocole sanitaire comme les guides pratiques contiennent des formulations qui prescrivent à l'employeur une conduite et des actions en vue de prévenir tout risque de contamination sur le lieu de travail. Au demeurant, le discours porté par les membres du gouvernement, notamment sur la règle du « télétravail à 100 % » ou du « télétravail impératif »²⁰, témoigne qu'il s'agit bien d'une norme adressée à l'employeur et dont le fondement est le PNE élaboré par le ministère du Travail. À cet égard, il est pour le moins discutable que d'affirmer, comme le fait le Conseil d'État, que ce sont des normes qui n'ont pas eu d'« effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes » ou qu'elles n'ont pas « influé de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles [elles s'adressaient] ».

D'ailleurs, la menace d'une sanction contre les employeurs qui ne l'appliqueraient pas a déjà été brandie. C'est alors que se pose la question de la conséquence juridique attachée à l'écart de conduite par rapport au PNE. Certes, le gouvernement n'a pas assorti le non-respect du PNE d'une sanction spécifique. Néanmoins, en le rattachant à l'obligation de sécurité, l'inexécution du protocole pourrait bien constituer un manquement à cette obligation qui pour sa part peut être sanctionné par l'Inspection du travail, de même qu'il constitue une faute inexcusable au sens du Code de la sécurité sociale ouvrant droit à réparation pour le salarié. Tout dépendra

20. Sur la règle du télétravail dans la fonction publique, voir aussi dans ce numéro la contribution de H. Muscat.

donc de la manière dont ces normes seront mobilisées par les justiciables et par les juges. Le fait qu'elles soient dépourvues de caractère contraignant n'empêche pas qu'elles puissent constituer un référentiel servant à l'appréciation des juges. Ajoutons encore qu'à l'incertitude des conséquences attachées à la violation de ces règles s'ajoute celle créée par les évolutions incessantes dont elles sont l'objet. En définitive, toute cette instabilité rend le destinataire de la norme totalement aveugle et nourrit le sentiment d'arbitraire.

Cette conséquence apparaît d'autant plus regrettable qu'elle repose sur une sorte d'artifice dans la manière dont le Conseil d'État insère ces recommandations dans l'ordre juridique et les rattache au pouvoir de direction de l'employeur. Pour rappel, le PNE constituerait « un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur ». De manière rétrospective, l'application du PNE ne serait que la mise en œuvre d'une décision de l'employeur prise dans le cadre de son pouvoir décisionnel dont il dispose au titre de l'obligation de sécurité de résultat. En outre, en prétendant qu'il ne s'agit que de recommandations, on laisse penser que l'employeur reste maître de décider et qu'il n'est en aucun cas contraint d'appliquer ces normes faites pour l'aider et l'accompagner à exercer son pouvoir.

Cependant, son pouvoir est bien contraint par cette forme de mise sous tutelle. Il l'est d'abord par le caractère prédéterminé des mesures de prévention à mettre en œuvre, ce qui limite, quoi qu'on en dise, l'essentiel du pouvoir de décision. Cela est particulièrement renforcé par le déploiement de l'application « Plan d'action Covid-19 » qui permet de générer la norme patronale à partir des réponses à un questionnaire en ligne. Celui-ci a une décision « clés en main » que l'employeur sera d'autant moins tenté de modifier que c'est celle que lui suggèrent les pouvoirs publics.

L'hétéronomie est donc ici particulièrement trompeuse car, quand bien même l'employeur appliquerait scrupuleusement le protocole et les mesures suggérées par l'application, il demeure seul à devoir répondre des conséquences sur la santé des salariés. Il est en effet le seul débiteur de l'obligation de sécurité. Il ne faudrait pas croire qu'appliquer le PNE suffise. Comme l'évoquait justement un auteur, « l'employeur ne saurait se borner à paraphraser les recommandations publiques et officielles du gouvernement ou des autorités sanitaires compétentes » (Véricel, 2020). D'ailleurs, le contentieux qu'a eu à connaître le juge judiciaire au cours de la période de confinement, que ce soit à l'initiative des représentants des salariés ou à celle de l'Inspection du travail, est ici pour le rappeler (Guiomard, 2020).

En plaçant les normes élaborées par l'administration sous l'autorité patronale et non plus sous celle du législateur, s'opère une « réfection par le bas de la hiérarchie des normes » (Perroud, 2019) et par ce biais un renversement des responsabilités. En définitive, les pouvoirs publics se déresponsabilisent en s'en remettant aux employeurs pour mener à bien ce qui pourtant relève d'une politique de santé publique. Trompeur, l'artifice est donc politiquement dangereux, et ce d'autant plus qu'il s'opère en dehors de tout contrôle démocratique.

2.2 L'administration hors de contrôle

Les petites sources du droit du travail semblent échapper à tout mécanisme de contrôle. Partant du fait que ces normes n'en sont pas, le Conseil d'État s'abstient d'en contrôler la légalité. Ainsi juge-t-il qu'« eu égard à la *nature* de ce protocole », les mesures qu'il contient ne sont pas « de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de celui-ci ». Il est vrai que les décisions rendues l'ont été dans le cadre d'une procédure en référé, ce qui explique peut-être en partie l'absence de contrôle. Cependant, cette circonstance n'est pas suffisante pour emporter la conviction.

D'abord, quand bien même ces normes n'auraient vocation qu'à accompagner les employeurs et les salariés dans la mise en œuvre des mesures de protection contre la Covid-19 sur les lieux de travail, il ne serait pas inutile de s'assurer que leur contenu soit conforme avec l'état du droit et que la Haute Juridiction administrative s'en fasse la garante. Quitte à vouloir accompagner les employeurs et les salariés, autant le faire dans le *droit* chemin.

Ensuite, en s'abstenant de contrôler la légalité interne du PNE, le juge administratif retire la dernière garantie censée être apportée par un État de droit aux administrés face à l'administration. Déjà, ces instruments normatifs se caractérisent par leur précarité et par l'opacité de leur mode d'élaboration. Les soumettre à un contrôle dans le cadre d'une procédure en référé constituerait certainement l'ultime rempart pour s'assurer de la légalité d'une norme qui n'a été soumise à aucune procédure d'élaboration préalable. Et il s'agit sans doute de la seule chose efficace dans la mesure où cette norme peut être modifiée à peine quelques semaines après avoir été adoptée. Qui, si ce n'est le Conseil d'État, est en mesure de garantir cela ? Cela apparaît d'autant plus nécessaire que l'administration est devenue férue de ces petites sources du droit qui devient une alternative pratique pour échapper aux contraintes que font peser sur elle les principes de l'État de droit. Tel est en effet le risque de la prolifération d'un infradroit. Comme le démontrait très justement D. Lochak à propos de l'infradroit applicable aux travailleurs étrangers, le pouvoir discrétionnaire de l'administration « confine trop souvent à l'arbitraire » et « de l'arbitraire à l'illégalité, la distance est vite franchie » (1976). Le parallèle avec cette législation pourrait paraître douteux. Il nous semble au contraire opportun de les comparer pour souligner l'expansion de l'infradroit au sein de l'ordre juridique.

La conjonction de la *soft law* et de l'infradroit contribue à rendre ces petites sources du droit dangereuses. Alors que plane le doux imaginaire d'un ordre spontané reposant sur l'acceptabilité des normes sociales par leurs destinataires, on est pourtant progressivement conduit vers un ordre managérial et antidémocratique qui se construit en dehors du cadre constitutionnel. Si cela est déjà vrai à propos du protocole sanitaire soumis à l'examen du Conseil d'État, cela l'est encore plus des nouvelles formes de régulation qui s'opèrent par le biais des applications numériques. Élaborées au sein des « incubateurs de services publics numériques », celles-ci construisent progressivement l'État social plateforme (Chevalier, 2018 ; Dirringer, 2021), mais dont les principes ne sont peut-être pas ceux d'un État démocratique.

Bibliographie

- BOCQUILLON F., 2003, « Vraies-fausse idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes », dans COLLECTIF, *Le droit social, le droit comparé. Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, Strasbourg, PUS
- CARBONNIER J., 1992, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ
- CHEVALIER J., 2018, « Vers l'État-plateforme », *Revue française d'administration publique*, vol. 3, n° 167, p. 627-637
- COLLECTIF, 2020, *Covid-19 et droit du travail*, Paris, Dalloz
- DIRRINGER J., 2021, « L'État social plateforme, réalité, utopie ou dystopie ? », *Droit social*, n° 1, p. 70
- GERRY-VERNIÈRES S., 2012, *Les petites sources du droit*, Paris, LGDJ
- GUIOMARD F., 2020, « Les référés, juges de la prévention », *Revue de droit du travail*, n° 5, p. 351-355
- JACQUET J.-M., 2009, « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », dans COLLECTIF, *Études à la mémoire du professeur B. Oppetit*, Paris, Litec, p. 345
- LOCHAK D., « Observations sur un infradroit », 1976, *Droit social*, n° 5, p. 43-50
- MAGORD C., 2015, *Le parcours contentieux de l'aide sociale*, thèse, Université Jean Monnet Saint-Étienne
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., 1987, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis
- PERRAUD T., 2019, « Essai sur les caractères néolibéraux du droit administratif contemporain », dans D. GUIGNARD, S. HAMDOUNI, L. RAPP (dir.), *Culture, sociétés territoires, Mélanges en l'honneur de Serge Regourd*, Paris, Institut Universitaire Varenne
- PFERSMANN O., 2003, « Hiérarchie des normes », dans D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF
- PFERSMANN O., 1997, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », dans O. BEAUD, P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, PUS, n° 1
- RESTINO V., 2021, « Actes de "droit souple" et "documents de portée générale" au prisme du droit du travail. Nature, caractère contraignant et régime contentieux », *La semaine juridique. Édition générale*, n° 5, doct. 131
- ROUBIER P., 1951, *Théorie générale du droit*, Paris, Librairie du Recueil Sirey
- THIBIERGE C. (dir.), 2014, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin
- TROPER M., 2003, *La philosophie du droit*, Paris, PUF
- TUSSEAU G., 2006, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz
- VAN DER NOOT O., 2014, « La théorie génétique du droit et de la gouvernance. Présentation, défense et illustration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 72, n° 1, p. 185-207
- VÉRICEL M., 2020, « Déconfinement, reprise des activités économiques et santé au travail », *Revue de droit du travail*, n° 6, p. 409-411